IESVS
POR
DON FRANCISCO de Rojas Carauajal vezino de la villa de Ocaña.

CONTRA

Los herederos de Francisco Rodriguez Venegas, pagador que fue de los señores Presidente y Oydores de esta Real Audiencia.

EN el hecho se presupone, que por el año de 1505. Pedro de Rojas vinculò en su testaméto por via de mayorazgo vnas casas principales en esta ciudad en la perrochia del señor san Pedro y san Pablo, cuyo vltimo posseedor fue don Lope Osorio de Rojas, y por su muerte sucedio el dicho don Diego que agora litiga. Estas casas con la ruyna de la poluora se cayeron, quedando cercado el sitio dellas cō las mismas paredes antiguas, porq̄ no se derribaron ni arruynaron de todo punto: y el dicho don Lope Osorio vendio el sitio y solar en la

forma que quedò al dicho Frácisco Rodriguez, declarandole como eran casas de mayorazgo, y que se auia de impetrar facultad Real para que valiesse la venta y enagenacion, en la qual entraron otros dos solares incorporados en el principal, con quatro pares de tiendas, y vn horno cercado, y todo se védio por precio de 6U250. marauedis de censo perpetuo en cada vn año, quedando a cargo del dicho don Lope y de los futuros sucessores en el dicho mayorazgo pagar a la Iglesia del señor san Pedro y san Pablo en cada vn año perpetuamẽte ocho fanegas de trigo, seis arrobas de vino, y seis hachas, y vn ducado, la qual carga mõta mucho mas que los 6U250. marauedis del precio de la venta.

Murio el dicho don Lope, y auiẽdo sucedido por su muerte el dicho dõ Frácisco de Rojas en el vinculo y mayorazgo, en virtud de la escritura del pidio la possession judicial y actual, y se le dio, y entre otros bienes la aprehẽdio y tomò de las dichas casas y solar.

Salio el dicho Frácisco Rodriguez contradiziẽdo la dicha possession, y presentò vn testimonio de como en el Consejo de Camara se le concedio a el dicho don Lope la facultad para vender y dar a cẽso el dicho solar en virtud de vna informació de vtilidad fecha ante el Alcalde mayor desta ciudad, q̃ està contradicha por el dicho don Francisco, y por auer muerto el dicho don Lope quando se cõcedio la dicha facultad y cedula no se ha hecho cosa alguna en virtud della.

Tambien opuso el dicho Francisco Rodriguez q̃ tenia hechos muchos mejoramientos en las dichas casas y solar, los quales se le auian de pagar, y tenia por ellos derecho de retencion. Y por parte del dicho don Francisco se pretẽdio que no tenia hechas mexoras ni gastos algunos, y que caso negado que los vuiesse no se le deuian pagar.

Con lo qual salio auto o sentencia del Alcalde

desta

desta Corte, en que mandò dar a la parte del dicho don Francisco el amparo de possessió que tenia tomada del sitio y solar grãde de la casa principal, cõ que antes y primero dè y pague a Francisco Rodriguez Venegas trezientas mil marauedis en que tassò y moderò las mexoras y edificios hechos en el dicho solar y casas accessorias, sin la portada de piedra, porque esta declarò poderla quitar el dicho Francisco Rodriguez, y aprouecharse della. Y de las dichas trezientas mil mr̃s mandò baxar y descontar 500. reales que se le dieron por lo que se metio adentro con las tapias que sacò de cimiento para emparejar y ensanchar la calle, y ansi mismo cõ lo que vuiessen rentado y rentassen hasta la Real paga las casas que estan junto a la dicha Iglesia del señor san Pedro frontero del dicho solar grãde desde el dia que estuuierẽ reedificadas, y para poderse habitar.

Desta sentencia apelaron ambas partes, y recibido el negocio a prueua hizieron probanças demas de las hechas en la primera instancia, y concluso el pleyto salio sentencia de vista, en que se confirmò, con que las dichas trezientas mil marauedis sean ocho mil reales y no mas. De que està suplicado por ambas partes, y el dicho don Frácisco de Rojas pretende que se ha de reuocar, insistiendo en sus primeras pretensiones de que no ay mexoramientos algunos; y caso negado que los aya son en muy pequeña cantidad, y q̃ como quiera que sean no se deuen pagar, ni este es caso en que puede auer derecho de retencion por ellos.

En quanto a lo primero, de que no ay mexoramientos, el primero fundamento que ay para excluyrlos es la probança de la parte cõtraria: porque considerandose con atencion lo que dizen sus testigos, se hallarà q̃ solo van tassando y apreciando lo que les parecio que se pudo auer gastado en lo edificado, y haziẽdo el computo desta manera deponẽ

cerca de la cantidad de los dichos gastos con mucha desigualdad y diferencia, el qual modo de testificar no es concluyente para probança de mexoras, porque puede ser cierto auerse gastado lo que los testigos dizen, y no auer sido en vtilidad ni aumento de la possession, y asi en esta materia se requiere que no solo se deponga del gasto, sino juntamente de la vtilidad, prouecho, y mas valor que dello resulta, y que lo vno concurra con lo otro, y la possession tenga de mas valor lo que en ella se vuiere gastado: vt eleganter tradit Peregrinus de fideicōmis. art. 50. n. 71. fol. 479. ibi: *E contra vero si super fundo valoris 100. fuerit super positum ædificium valoris 300. qui quidem fundus nunc communi pretio vendi non possit nisi 200. quia in centum factus est pretiosior non 300. sed centum præstanda essent, vt enim impensa facta restituatur oportet, vt etiam commune fundi pretium tanti sit auctum, &c.* y los testigos no deponen con esta calidad, sino a su parecer aprecian lo q̄ se pudo auer gastado, & hoc non ex propria aut particulari affectione, sed ex cōmuni æstimatione probatur, vt in l. pretia rerum. ff. ad leg. falcid. & in l. 3. §. diui fratres. ff. de iure fisc. y de otra manera no es concluyente ni bastante la probança que estuuiere hecha en semejante caso.

Y con esto se junta, que aũque es verdad que las dichas casas se arruynaron con la poluora, pero no se cayeron las paredes de todo punto, y los cimientos principales dellas sobre que se cargò el segundo edificio no recibieron detrimento alguno, y asi se escusò el gasto de hazerlos de nueuo, que pudiera ser muy considerable, y todo el material de las dichas casas de piedra, madera, ladrillo, texa, y otros despojos, quedò demanera, que el dicho Francisco Rodriguez se aprouechò dello, asi gastando parte en la obra que el hizo, como vendiendo lo demas, q̄ lo vno y lo otro valia mas de mil ducados, como todo està probado bastantemente por parte del dicho don Francisco: y siendo esto asi, y que sola la

verisi-

verisimilitud bastaua para tener por cierto que los materiales que quedassen de la ruyna de vna casa principal auian de ser de mucho valor, los testigos de la parte contraria no hazen consideracion alguna de esto, sino solo de lo que les parecio que se pudo auer gastado en las paredes que estan hechas en el dicho solar, tassando los cimientos antiguos como si el dicho Francisco Rodriguez los vuiesse hecho de nueuo a su costa, y todo el material de la obra como si el lo vuiesse cõprado y puesto de su hazienda, auiendo sido el de la misma casa, y vendido el todo lo demas, que era de mucho mas valor que lo que gastò en la obra que hizo. De lo qual resulta, que no se pueden dezir mejoramiẽtos, ni nueua obra, vt inferius dicemus, y que es falso el fundamento con que los testigos deponen, porque no dan razon concluyente para probar que los dichos gastos se hizierõ de la hazienda del dicho Frãcisco Rodriguez, vnde ex defectu rationis eorum dicta conuincuntur, & ex eis concludens probatio effici nequit: quia cum ratio non concludit dictum infrigitur, Aymon Crauet. cõs. 2. n. 4. Farinacius de success. 43. n. 2. 1. p. præsertim estando en contrario toda la verisimilitud del caso: y siendo llana la presumpcion de que el dicho Francisco Rodriguez se aprouechò de todos los dichos materiales, quæ verisimilitudo, & ipsius facti demonstratio est magnæ importantiæ, cũ ex factis ipsis probationes sumi oporteat, & ideo testes pro aduersa parte deponentes contra id quod est verosimile præsumuntur suspecti, & eis non creditur, vt ex Barbat. Cœpol. Soci. & alijs pluribus tradit Ioann. Petrus Surd. cons. 61. n. 38. tom. 1.

Y por las dichas razones para que mexor conste de la verdad, y se pueda proueer justicia, escusandose la confussion o duda que pueden causar las probanças y testigos, y la variedad con que deponen, està pedido por parte del dicho don Francisco de

Rojas q̃ se haga vista de ojos del dicho solar y obra que en el està hecha por V.m. y estos señores juezes deste pleyto, con asistencia de alarifes y maestros q̃ puedan certificar y declarar lo q̃ conuenga, la qual diligencia en sitio que està tan cerca serà muy facil de hazer antes de la determinacion, como està pedido, y con ella se quitarà qualquier duda, y se verà con euidencia qual de las probanças es la mas cierta y verdadera, porque ninguna probança ay mas eficaz, ni cõ que mas se descubra y califique la verdad que con la vista de ojos en los casos que son de la calidad de este pleyto, Afflictis decis. 107. num. 6. Arisminus Tepatus variarum, 1. tom, tit. 208. in prin. especialmente asistiendo a ello los maestros y peritos en el arte, cuyas declaraciones son muy importantes, y se à de estar a ellas, cum de artis suæ scientiæ deponant. §. quod autem, in authent. de nõ alienan. Aretinus in §. præterea allubionem, instit. de rerum diuis. Ioann. Petrus Surd. cons. 126 nu. 16. 1. part.

En quanto a lo segundo, de que no se deuen pagar mejoramientos algunos, quando sin perjuyzio de la verdad se concediesse que los ay, està en fauor del dicho don Francisco de Rojas la disposicion de la l. 46. de Toro, quæ hodie est lex 6. tit. 7. lib. 5. recopil. vbi dicitur, quod in tribus casibus expensæ, factæ in rebus maioratus non possunt repeti, neque debentur, y el vno dellos es in ædificijs domus maioratus, & ita ex prædicta l. tenent Dom. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 26. n. 15. Ioan. Garc. de expẽs. cap. 13. n. 43. & cap. 16. nu. 10. & post alios Azeuedo in l. 1. tit. 7. lib. 5. recop. Pinelus in l. 1. C. de bon. matern. 2 p. num. 61. Gregor. Lopez in l. 41. tit. 28. p. 3. verbo, *que le descuente*, Padilla in l. vnum ex familia. § si de falcidia. n. 9. ff. de leg. 2. Gomez Arias in l. 44 Taur. in fin. Anton. Gomez in l. 40. Taur. n. 72. Burgos de Paz cons. 3. nu. 104. Aluarus Val. de iure emphiteut. q. 25. n. 29. Mier. in 4. p. q. 33. Marienç. in l.

in l.6.tit.7.lib.5.recop.gloss.1.n.2.in fin.& in gl.3. n.11.& n.22.Gutierr.in 2.p.q.82.

Contra esto opone la parte contraria.Lo primero,que lo edificado y labrado no fue en casa de mayorazgo,sino en vn solar caydo, que no auia ni tenia figura de casa en todo el, & quod si domus maioratus sit omnino destructa,& de nouo ædificetur,quod non habet locum, l.46. Taur. quia tunc non dicitur ædificatum in domo maioratus,sed potius nouam domum construi, vt gloss. in cap.3.in verbo,fundatores,de iur.patronat.in cap.consuluit de iudæis,y assi Ioá Gutierr.lib.3.quæst. quæst.70. concludit(ex pluribus quos citat)quod in hujusmodi casum dicatur nouum ædificium, & quod non comprehédatur sub dispositione dict. l.46.Taur.& quod remaneat sub dispositione iuris communis.

Huic oppositioni respondetur primo,quod contrarium tenuit Auendaños in l.46. gloss.6. nu.3.in vers.tertio non minus vtiliter qui citat Castellum, vbi dicit, quod domus facta in area maioratus cedit solo maioratus, & idem tenet Palacios Rub. in repet.rubricæ.§.62.n.16. & alios etiam citat idem tenentes ex generaliter textus in dict. 46. quæ solũ habet fundamentum,in eo quod bona cui adhærẽt ædificia sunt maioratus , vt in l.adeò. §. ex diuerso, ff.de acquirend.rerum domin.

Secundo respondetur,que en este caso no se puede ajustar la conclusion arriba referida: porque aũque es verdad que las casas principales sobre que se funda este pleyto se arruynaron con la poluora, y quedò hecho vn solar,sin embargo este solar quedò cercado con las paredes de la misma casa, porque estas no se cayeron,vt superius diximus,y lo que edificò la parte contraria no fue casa, ni hizo edificio alguno della, sino solo reparar las dichas paredes q̃ estauan maltratadas, y assi no fue obra nueua, sino reparar la vieja,vt in l.1.§. si quis ædificium. ff. de noui oper.denuntiat.ibi:*Si quis ædificium vetus faciat,*

an

an nouum opus ei denuntiare possimus videamus, & magis est, quod non possumus hic enim non nouum opus fecit, sed veteri substinendo remedium adhibuit, &c. l. 3. verbo, *reficere*. ff. de itinere actuque priuat. longe enim aliud est reficere aliud facere, & sic Bartolus, Paulus, Alexander, & Iasson, in dict. l. 1. §. si quis ædificium dicunt denuntiationi noui operi locum non esse vbi ædificium non erat pœnitus destructum, sed ruinosum reparatur, como fue en nuestro caso, q̃ las paredes con que estaua cercado el dicho solar no las hizo de nueuo, sino solo las reparò; y aũque este reparo fue con los materiales del dicho solar y casa cayda, que en este caso non dicitur nouum opus, como lo dize el texto, in dict. l. adeò. § ex diuers. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *si quis in alieno solo ex sua materia ædificauerit*, & ibi gloss. in verbo, *competat*, declarat, & dicit, quod ædificium prorrogatum assumit omnes qualitates conditiones, & omnia quæ priora accessoria sunt trahit censetur qui esse eiusdem naturæ, Tiraquellus libro 2 de retractu, §. 1 glos. 7. n. 36. y asi lo que edificò el dicho Francisco Rodriguez no fue mas de sustentar las tapias y paredes cõ que estaua cercado el dicho solar.

La segunda dificultad que puede oponer la parte contraria es dezir, que la dicha l. 46. habla solamente en el posseedor y sucessor legitimo del mayorazgo, non vero loquitur in tertio possessore, vt constat ex dict. l. ibi: *a las mugeres del que las hizo, ni a sus hijos ni herederos*, quasi esset secus si tertius eas fecisset, ita istã leg. intellexit Burg. de Paz iun. in suis quæstion. q. 7. cuius opinio confirmatur ex eo nam hæc lex est iuris communis correctoria, igitur non debet extendi vltra casum in quo loquitur, vt Molin. lib. 1. cap. 26. n. 14. vbi dicit, quod per istam legem est ius commune innouatum, & correctum, y asi hablando in vero possessore maioratus non debet extendi ad extraneum possessorem.

Huic oppositionem respondetur, que la dicha l.

46.

46. Taur. loquitur tam in vero possessore, & domino maioratus, quam in qualibet tertia persona, vt constat ex l. ibi. *edificios que de aqui adelante se hizieren,* non exprimit lex à quo fiant, an à possessore maioratus, an ab extraneo, quæ sunt verba realia non enim dicit lex, que hiziere el posseedor del mayorazgo, hæc enim verba erant personalia, & lex generaliter loquens indistinctè debet interpretari. l. de pretio. ff. de publican. & cum non posit dari ratio differentiæ de vno ad alium in vtroq; casu censetur voluisse disponere, & si lex vellet dixisset, vt in l. vnica. § ad defitientis. C. de caduc. tollend. quasi dict. l. 46. corrigat text. in l. fin. §. fin. C. commun. delegat. Tunc etiam, la razon que dan todos los DD. a la disposicion desta l. 46. aunque muchos dixeron que era ley sin razon, es por el inconuiniente que se seguiria si el posseedor del mayorazgo tuuiesse facultad de poder gastar y hazer expensas las que el quisiesse, ex hac facultate aperietur via fraudibus, quia possessor ample expendet in odium sui successoris cui aliquando difficilimum, & quasi imposibile esset magna melioraméta soluere contra æquitatem, quam considerat Iurisconsultus, in l. si seruus. ff. de pignor. act. & in l. in fundo. ff. de rei vindi. y por este mismo camino se podriá perder muchos bienes de mayorazgo, y por quitar este inconuinié te fuit condita, dicta l. Taur. Hanc rationem possuit Pinelus in l. 1. C. de bonis matern. 2. p n. 71. Castellus in dict. l. 46. in verbo item quia, Princeps potuit moueri, & Antonius Gomez ibi n. 4. & Padilla in rubr. C. de fideicom. nu. 10. vbi dicit, quod quando possessor maioratus fecit has expensas, cum sciat futuris temporibus ad se non pertinere donate cum pretium videtur futuris successoribus, vt in l. donate. ff. de regul. iur. ita tenet Mencha. de succession. creat. §. 5. n. fin. vers. illud autem, lib. 1. Molin. in lib. 1. cap. 26 n. 14. Ioan. Garc. de expensis & melior. cap. 13. n. 44. Matienç. in l. 6. tit. 7. lib. 5. recop.

Auendaños in dict.l.46 gloss.6.n. 5. idem Ioannes Garcia de coniugali ac quæstu.n.90. Y esta razon q̃ dan los dichos Doctores, della se sigue y infiere que corre igualméte, tam in vero possessore maioratus, quam in tertia persona, y aun milita mejor en la tercera persona, mayormente siendo posseedor de mala fee, como es en nuestro caso, que entendiendo q̃ le auian de pagar las expensas las hazia có mas animo, para cargar al futuro successor; maximè si con el no tiene parentesco alguno, como el dicho Fráciſco Rodriguez en este caso lo hizo: & infra dicetur. Y q̃ esta conclusion se entienda tam in vero possessore maioratus, quam in qualibet tertia persona, lo tuuo Auendaño in d.l.46.glos.2.in princ. y Iuan Garcia in dict. tract. de coniugali ac quæstu, in dict.nu.90. Iuan Gutierrez in suis quæstionibus q. 99. num. 2. Y de aqui es, quod si maritus fecit expensas, & melioraméta in bonis maioratus vxoris suæ, quod soluto matrimonio hæredes mariti, non poterunt recuperare has expensas ab ipsa vxore domina maioratus, neque ab eius hæredibus ea nempe ratione, quia dict. lex procedit non solum in vero possessore maioratus, sed in qualibet tertia persona, & ita resoluit Auend. in dict.l.46.gl.7.nu.12. & eam sequitur Ioann. Gutierr. in suis practicis.q.69.n.2. y teniédo esta opinion, quæ apud omnes magis vera & certa, no obstan las palabras de la l.ibi: *a las mugeres del que los hizo, ni a sus hijos ni herederos*: porque tambien pueden conuenir y ajustarse en qualquier tercero posseedor, y no sabemos que razon tenga Burgos de Paz in dict.q.7. para põderar las dichas palabras mas en el verdadero posseedor, quod in quælibet tertia persona, pues la vna y la otra se determinan igualmente, y en ambas ay la misma igualdad.

Mayormente siendo posseedor de mala fee, como lo fue en este caso el dicho Fráciſco Rodriguez, pues por la escritura de compra que el presentò, y de que se aprouecha, dize, que compra bienes de

mayo-

mayorazgo, y como hombre que entendio que no se podian vender, se conuienen comprador y védedor, de que su Magestad auia de dar licencia para la validacion desta venta, y esta no se sacò, ni la ay en vida del dicho don Lope vendedor, y vltimo possedor del dicho mayorazgo, ex quo malefidei possessor dicitur, vt in l. quemadmodum. C. de agrico. & censit. lib. 11. ille enim quæ sit contrahendum nó esse sine Principis licentia interim in mala fide dicitur esse, vt Mandelus in cons. 367. n. 11. allegat textum in l. debet. ff. de ædilit. ædict. y aun para esta mala fee, que no se pueda dudar della, se considera lo que arriba està dicho, scilicet, que el Francisco Rodriguez comprò estas casas principales y accessorias sin pagar vn marauedi de contado, sino solo con cargo de 6U. y tantos marauedis, y quedò encargado el dicho don Lope y encargò a sus futuros sucessores que auian de pagar en cada vn año en razon de vna Capellania sobre las dichas casas ocho fanegas de trigo, seis hachas, seis arrobas de vino, y vn ducado en cada vn año, que esto solo basta para que se entienda la mala fee, y que la informacion q̃ hizo de la vtilidad que fue falsa, vt ex inspectione instrumenti venditionis apparet, pues el dicho dõ Lope y sus sucessores auiá de pagar mas de diez mil marauedis, y el solo quedaua con las casas principales y accessorias por solos 6U marauedis, y assi no se puede escusar de la dicha mala fee: y aunque es verdad que Molina in lib. 4. cap. 3. n. 48. diga, quod etiá anteàquá Regia facultas cõcedatur, neq; expediatur, & possessor maioratus rem ipsius alienet sub conditione à Princeps ad id faciendum facultatem concedat nullus eorum poterit ab hoc cõtractu resilire, donec Princeps concessio requiratur, y assi q̃ mediante conferir la venta a tiempo abil valio, & sic quod dicatur bone fidei possessor, iusta textum in l. in tempus. ff. de hæredib. instit. tamé la verdad es que no escusa de mala fee la licencia que se con-

cedio post obitum ipsius maioratus possessoris: por que mientras no viene la licencia dicitur esse in mala fide, vt ait Mandellus in dict. cons. 36. num. 11. & absq; licentia Principis venditio nihil valet, vt Molin. cap. 6. lib. 4. nume. 25. la qual auia de preceder, vel in ipso actu adhiberi, & non sufficit, quod posteà interueniat, vt Gutierrez cons. 18. nú. 81. late Tiraquellus in legibus cõnuuialibus, gloss. 9. n. 2. 3. 4. & 8. & post Stephanum Lambentengum, tit. de contractibus eorum, qui sine certa solemnitate cótrahere permissum non est, gloss. 7. verbo, consensus, num. 23. pag. 233. Et licet verum sit, quod authoritas quæ requiritur vice confirmationis, vel approbationis, sufficiat quod post actum superueniat, vt per Tiraquellum vbi supra numer. 11. & sic authoritas superueniens censeatur confirmare, hoc intelligitur non quidem, vt detrotrahatur ad tempus ipsius actus, sed vt valeat ex nunc, id est, ex tempore licentiæ præstitæ, por donde siendo muerto el posseedor que vendio, parece que la licencia no puede caer prout ex núc, pues ya era muerto, y ay nueuo señor destos bienes, que no quiere vender ni consentir en la venta hecha, antes la impugna, y asi parece que este caso no lo excluye Molina vbi supra, lib. 4. c. 3. n. 48.

Con lo qual fue cosa llana que el dicho Francisco Rodriguez fue posseedor de mala fee, y el q̃ esto hizo de creer es que haria qualquier fraude, labrando en las dichas casas lo que no era de prouecho, ni réta vn marauedi, y es sin duda que si labrò fue por apretar al futuro futuro sucessor, a que no pudiédo pagar se quedasse el con lo edificado, y no se puede entender otra cosa del que labrò con tanta priessa antes de la licencia, sabiendo que era de mayorazgo, y asi por este camino quedarse có las dichas casas, o traer al dicho don Francisco a hazer su voluntad, y propriamente conuiene en este caso la razon de los DD. a la dicha l. 46. y aunque parezca

(prima

(prima fronte) que es inhumanidad que don Francisco quiera hazerse rico cum iactura aliena, no es este inconueniente, ni procede in possessore male fidei, qui non potest agere de euictione, nec recuperare pretium, etiam si venditor factas esset locupletior cum iactura eius, vt in l. si fundum. C. de euict. notant Iass. & alijs, in l. vlt. §. vltimo. C. commu. de legat. Palacios Rubeos, in rubr. §. 65. n. 52. l. 21. tit. 8. p. 3. textus in l. si fratres. C. commun. vtriusq; iudicij imputet namq; sibi qui sciens in re aliena (y antes que se concediesse la licencia Real) labrò tan precipitadamente. Y assi parece y resulta claro que la dicha l. 46. de Toro hablò tam in vero possessore maioratus, quam in qualibet tertia persona, & in omnibus expensis, tam necessarijs, quam vtilibus, & voluptarijs, vt constat ibi: *y assi mismo los edificios q̃ de aqui adelante se hizieren*, notando aquella palabra, *edificios*, quæ cum generalis sit generaliter debet intelligi.

Sed tamen quando sin perjuyzio de la verdad la dicha l. 46. de Toro no se estendiesse, ni hablasse en los edificios necessarios, en los quales el posseedor de buena fee, y el de mala appare procedunt, & nulla est differentia inter ipsos, Bart. in l. in fundo. n. 6. ff. de rei vindicat. in fine, ibi: *nisi necessarios sumptus fecit, &c.* y que en ellos competiesse el derecho de retencion, como la parte contraria pretende.

Estos sobre que agora se trata no son gastos necessarios, sine quibus res ipsa esset peritura, vt ex re ipsa apparet; porque aquellos se llaman gastos necessarios sine quibus res ipsa erat peritura, vt in l. 1. ff. de impens. in rebus dotalibus factis, & in l. impensæ. ff. de verb. signif. y las expensas que el dicho Francisco Rodriguez hizo no fueron necessarias, pues aunque no las hiziera, res non esset peritura, y mexorar lo con que estaua cercado el solar, no se pueden llamar mexoras necessarias: de manera que por este camino no tiene ni le cõpete beneficio de retencion.

Y aunque el dicho Francisco Rodriguez pretenda, que ya que no fueron expensas necessarias, q̃ a lo menos fueron vtiles, adhùc nó pueden tener derecho de retencion por ellas, siendo posseedor de mala fee, vt in §. certe, instit. de rerum diuis. & ibi glos. in verbo, ædificauerit, ad finem, textus in l. domú. C. de rei vindi. & in l. in fund. C. eod. tit. l. 44. tit. 18. p. 3. y esta conclusion es recebida y comun, vt Ioan. Garc. de expens. cap. 5. n. 1. & indiuiduo, que el que compra los bienes, sabiendo que estan sugetos a restitucion, & sic in mala fide, quod non posit recuperare expensas, est textus in l. fin. §. emptor autem. C. com. de leg. & ita tenuit Antonius de Fano, in tit. de pignoribus 5. p. 4. membro, n. 19. donde dize estas palabras formales: *Nona conclusio sit, quod melioramẽta facta ab emptore rei subiectæ restitutioni fideicommissariæ, in euentum alicuius conditionis, in dicta re si emptor eam emit scienter non repetuntur, sed emptor eam perdit propter malam fidem, &c.* vt est textus ibi, & ibi notant omnes, in l. fin. §. fi. C. comm. de leg. y esto mismo tuuo Burgos de Paz iunior, dict. q. 7. à n. 39. ad 42. Y aunq̃ algunos an limitado y entendido el §. emptor autẽ, quando se duda de los mejoramientos entre el comprador y el vendedor, pero no quando el cõprador de los bienes vinculados opone de los mejoramientos contra el sucessor del vinculo; pero esto lo entiẽden quando el comprador trata que le paguen los gastos y mejoramientos necessarios, que por derecho se deuen a qualquier posseedor aunque sea de mala fee, pero no quando se trata de los mejoramiẽtos vtiles, & ita legendus est Couarr. lib. 3. variar. c. 17. n. 1. circa finem, & Menoch. qui eius non meminit, de recuperanda possessione, reme. 15. ex n. 500. vsq; ad n. 507. y aqui no estamos en caso de mejoramientos vtiles. Ex quibus parece que queda fundada la justicia del dicho don Francisco de Rojas para que se determine en su fauor. Salua in omnibus, &c.